

AUSGABE 2/2013

S. 53 - 101

8. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Die Finanzmärkte zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht

Von Privatdozent Dr. Michael Kubiciel, Regensburg/Köln 53

The Penal Policy of Human Rights

By Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral, Porto Alegre (PUCRS) 61

Ausländisches Strafrecht

Die Regelung der DNA-Untersuchung im italienischen Gesetz v. 30.6.2009 – Nr. 85 und in der Strafprozessordnung Italiens

Von Dr. Paola Maggio, Palermo 70

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Jeff McMahan, Kann Töten gerecht sein?, Krieg und Ethik, 2010

(Prof. Dr. Michael Pawlik, LL.M., Regensburg) 78

Manfred Heinrich/Christan Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011

(Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen, Bonn) 80

Hans-Ullrich Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011

(Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund/Bielefeld) 95

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus
Wagner

Lektorat fremdsprachliche Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Die Regelung der DNA-Untersuchung im italienischen Gesetz v. 30.6.2009 – Nr. 85 und in der Strafprozessordnung Italiens

Von Dr. Paola Maggio, Palermo

I. Die neueren italienischen Rechtsvorschriften: ein Überblick

Der italienische Gesetzgeber hat kürzlich die Entnahme von biologischem Material reglementiert und eine nationale DNA-Datenbank eingerichtet (Gesetz vom 30.6.2009, Nr. 85, Autorisierung der Ratifizierung des Präsidenten der Republik für den Beitritt zum Prüm-Vertrag über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration). Dies wurde ermöglicht durch eine sorgfältige Abwägung zwischen einer solchen Notwendigkeit positiver Reglementierung des genetischen Profils, das für die strafrechtlichen Verfahren nützlich ist,¹ um Straftäter zu ermitteln einerseits, und der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Vertraulichkeit von personenbezogenen Daten andererseits².

Die Notwendigkeit des Schutzes der Privatsphäre geht daraus klar hervor, insb. wenn man die Speicherung genetischer Profile in Datenbanken betrachtet, die von dem Zentrallabor typisiert werden (Art. 5-20 Gesetz Nr. 85/2009). Die Bedeutung des Gutes der persönlichen Freiheit wird besonders deutlich bei der Reglementierung der Entnahme biologischen Materials und genetischer Tests, die von den Behörden während des gesamten Strafverfahrens angeordnet werden können (Art. 24-29).³ Die beiden Kernpunkte des Gesetzes stellen die Synthese zweier verschiedener Aspekte⁴ dar, wodurch die Ge-

samtbetrachtung in einigen Punkten ein wenig unharmonisch wirken mag.

Die italienische Adaption wurde, wenn man die auf eine Änderung zielende Entscheidung des Verfassungsgerichts⁵ in Betracht zieht, spät vorgenommen,⁶ denn das Verfassungsgericht hatte schon 1996 den Gesetzgeber aufgefordert, den DNA-Beweis zu reglementieren. Mit der Verfassungswidrigkeit des Art. 224 Abs. 2 der italienischen StPO, hat das Verfassungsgericht beanstandet, dass es in der Praxis zur Gewohnheit geworden ist, die Zwangsentnahmen in die üblichen Maßnahmen der Ermittlung einzureihen, die der italienische Richter in Anwendung dieses Artikels anordnen kann.

In diesem bekannten Urteil hatte das italienische Verfassungsgericht besonderen Wert auf die Notwendigkeit gelegt, die Verfahrensnotwendigkeiten und das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 13 der italienischen Verfassung zu harmonisieren.

Zwar betonte die italienische Rechtslehre die Notwendigkeit, das Prozess-System unter Beachtung der unverzichtbaren Garantien für den Angeklagten⁷ dem wissenschaftlichen Fortschritt anzupassen. Die Strafprozessordnung von 1988 hatte aber nicht die Verwendung des DNA-Beweises vorgesehen.

In Folge der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das Verfassungsgericht war in Italien die Bestimmung des genetischen Profils ausschließlich auf die Fälle beschränkt, in denen es möglich war, die Probe im Wege der Einwilligung der betreffenden Person zu bekommen, oder durch die Sammlung der zufällig hinterlassenen Spuren oder sogar durch eine Entnahme ohne Wissen der Person. Zum Beispiel wurde ein Serienmörder, der Täter vieler Straftaten war, durch die Analyse seines Speichels auf der Tasse Kaffee in der Bar, die er meistens aufsuchte,⁸ identifiziert.

Erst 2005 griff aber der italienische Gesetzgeber zum ersten Mal ein, allerdings in nicht ganz konsequenter Weise.

Mit dem Gesetz vom 31.5.2005 – Nr. 155 konnte die Kriminalpolizei die Freiheit der Person beschränken, um zwecks Identifizierung eine biologische Probe (Art. 349 Abs. 2 iStPO) oder aber eine dringende Untersuchung anzuordnen (Art. 354 Abs. 3 iStPO). Dafür bedurfte es nur einer mündlichen Erklä-

¹ Der Verfassungsgerichtshof (Corte Costituzionale, Beschl. v. 9.7.1996 – Nr. 238 = Cassazione penale 1997, 315), orientierte sich vor allem an dem Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 13 der Verfassung und erklärte Art. 224 Abs. 2 der italienischen StPO für verfassungswidrig, in dem Ausmaß, in dem er dem Richter erlaubt, im Rahmen der Ermittlung Maßnahmen anzuordnen, die zwar in jedem Fall die persönliche Freiheit des Verdächtigen oder Beschuldigten oder eines Dritten betreffen, aber „außerhalb der speziell vom Gesetz vorgesehenen Fälle und Verfahren.“

² Krit. äußerten sich über den tatsächlichen Erfolg dieser Bilanz: *Tonini*, in: *Tonini/Felicioni/Scarcella* (Hrsg.), *Banca dati nazionale del DNA e prelievo biologico*, *Gli Speciali di Diritto Penale e Processo*, 2009, 3; *ders.*, *Diritto penale e processo* 2010, 884; *Scarcella* (Hrsg.), *Prelievo del DNA e Banca dati nazionale*, 2009, passim; *Marafioti/Luparia* (Hrsg.), *Banca Dati e accertamento penale*, 2010, passim; *Giostra*, *Giurisprudenza italiana* 2010, 1217; *Conti* (Hrsg.), *Scienza e processo penale*, 2011, passim.

³ Für eine solche Betrachtung s. im Kern *Felicioni*, in: *Tonini/Felicioni/Scarcella* (Fn. 2), S. 6.

⁴ Die ursprüngliche Anomalie wird unterstrichen von *Tonini*, *Diritto penale e processo* 2010, 883, wonach die zwei „Entitäten“ interne Konflikte schaffen. Insb. kollidiert die hohe Aufmerksamkeit auf die strenge Vertraulichkeit mit dem niedrigen Wert des Beweisrechts, das dem Verteidiger zuerkannt wird.

⁵ Corte Costituzionale, Beschl. v. 9.7.1996 – Nr. 238 = Cassazione penale 1997, 315. Zu diesem Thema s. *Vigoni*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1996, 1022.

⁶ *Giostra*, *Giurisprudenza italiana* 2010, 1217 (1219).

⁷ *Vassalli*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1961, 55. Unter den wichtigsten Studien in diesem Bereich seien erwähnt: *Dominioni*, *La prova penale scientifica*, *Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversie di elevata specializzazione*, 2005, 15 ff.; *Lorusso*, *La prova penale*, Bd. 1, 2008, 326. S.a. *Conti*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2010, 1204.

⁸ *Pinna*, *Corriere della sera* v. 7.5.1998, S. 7, abrufbar unter <http://archiviostorico.corriere.it> (20.1.2013).

rung der Staatsanwaltschaft, die jedoch schriftlich bestätigt werden musste.

Die Besonderheit des Gesetzes bestand vor allem darin, dass der Staatsanwalt in der direkten Ausübung dieser Befugnis gehemmt war. Die eklatante Verletzung der Garantie des Schutzes vor Strafverfolgung in Art. 13 der italienischen Verfassung wurde durch die ausschließliche Verwendung der Entnahme zum Zweck der Identifikation ausgeglichen, wobei die Voraussetzung der dringenden Notwendigkeit Bedenken hervorrief, da die Entnahme normalerweise nicht zeitgebunden ist.

Außerdem hemmte die legislative Lücke bezüglich der Reglementierung einer nationalen DNA-Datenbank theoretisch eine Verwendung der Entnahme während eines Prozesses durch einen Vergleich der Profile mit denjenigen, die in der gleichen Datenbank aufbewahrt wurden. In der Praxis gab es jedoch in den verschiedenen italienischen Polizei-Datenbanken nicht vorschriftsmäßig aufbewahrte Daten, die es tatsächlich erlaubten, Profile in einer Situation gesetzgeberischer Ineffizienz zu vergleichen und zu verwenden.⁹

Im Hintergrund stand die Einhaltung grundlegender Prinzipien der Freiheit, der Privatsphäre und der Gesundheit des Einzelnen, die angesichts der Möglichkeit einer Nötigung des Willens der betroffenen Person gefährdet waren. Ebenso offensichtlich bestand die Gefahr der Verletzung der Würde und der Privatsphäre der Person.

Weitere internationale Mahnungen, die darauf drängten, dem Prümmer Vertrag beizutreten, bewirkten schließlich, dass mit dem Gesetz v. 30.6.2009 – Nr. 85, die Materie geregelt wurde. Der italienische Gesetzgeber hat im Wesentlichen ein System entwickelt, das sich auf Art. 13 Abs. 2 der Verfassung bezieht und das die Garantie für den Schutz vor Strafverfolgung hinsichtlich aller freiheitsbeschränkenden Maßnahmen enthält. Der Richter ordnet mit einer Verfügung, die zu begründen ist, die Entnahme des biologischen Materials an, das für den Sachverständigen für die Durchführung der Analyse des genetischen Profils (Art. 224*bis* iStPO) erforderlich ist. Die zwangsweise Entnahme ist nur dann zulässig, wenn dies absolut notwendig für den Beweis einer Straftat ist, die vom Gesetz als schwerwiegend festgelegt worden ist. Während des Ermittlungsverfahrens beantragt der Staatsanwalt beim Gericht, wenn eine entsprechende Entnahme unerlässlich ist, deren Autorisierung durch den Richter (Art. 359*bis* Abs. 1 iStPO); in Eilfällen könnte die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung zu schweren und irreparablen Beeinträchtigungen der staatsanwaltlichen Ermittlungen führen, und der Staatsanwalt kann daher mit einer zu begründenden Verfügung die Entnahme anordnen, in den nächsten 48 Stunden muss er aber die Bestätigung der Verfügung bei Gericht beantragen (Art. 359*bis* Abs. 2 iStPO). Art. 349 Abs. 2 iStPO erlaubt in-

dessen der Kriminalpolizei, eine Zwangsentnahme anzuordnen, die lediglich der Identifizierung dient.

Im heiklen Spannungsfeld zwischen dem Interesse an der Ermittlung von Straftaten und dem Schutz der Grundrechte des Einzelnen ist es verboten, Maßnahmen durchzuführen, die das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die Gesundheit der Person sowie eines ungeborenen Kindes gefährden könnten, oder nach medizinischen Erkenntnissen Leiden von erheblichem Ausmaß verursachen könnten (Art. 224*bis* Abs. 4 iStPO). Es ist zwingend vorgeschrieben, alle Maßnahmen unter Beachtung der Würde und Privatsphäre derer, die Gegenstand dieser Untersuchungen sind, anzuordnen (Art. 224*bis* Abs. 5 iStPO). Außerdem schreibt das Gesetz ein graduelles Vorgehen und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vor: Bei gleichem zu erwartendem Ergebnis müssen Techniken gewählt werden, die einen möglichst geringen Eingriff im Hinblick auf die körperliche Freiheit und auf die physische und die psychische Unversehrtheit des Verdächtigen darstellen. Zudem ist der Einsatz von Zwangsmitteln nur solange erlaubt, wie es für eine Durchführung der Entnahme einer Probe unbedingt nötig ist (Art. 224*bis* Abs. 6 iStPO).

Damit wird also das Kriterium der „minimalen Beeinträchtigung“ bestätigt, welches erfordert, unter verschiedenen Optionen diejenige zu wählen, die den Rechten des Einzelnen¹⁰ den geringstmöglichen Schaden (*minimum vulnus*) zuzufügt.

II. Gemeinsame Kernfunktionen und unterschiedliche Merkmale im Vergleich mit der deutschen Regelung

Auch wenn man die verschiedenen verfahrensrechtlichen Systeme in Deutschland und Italien klar unterscheidet, die durch nicht immer vergleichbare Prozessformen charakterisiert sind, ermöglicht die jüngste italienische Anpassung einen Vergleich¹¹ mit der deutschen Gesetzgebung. Man kann bei einigen Themen Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede entdecken, die auch im Hinblick auf das Ziel schrittweiser Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen von Interesse sind.¹²

Viele Ähnlichkeiten lassen sich im Bereich der Definitionen finden. Die italienische Regelung, die in Art. 6 Gesetz Nr. 85/2009 getroffen worden ist, enthält die Definitionen der DNA, der biologischen Probe, des Profils, und der Beweismittel. In Deutschland sind dagegen diese obengenannten Begriffe nur implizit im Inhalt der Paragraphen §§ 81 ff. der

⁹ Der Datenschutzbeauftragte hatte am 19.9.2007 die Notwendigkeit aufgezeigt, diese Thematik explizit und einheitlich zu regulieren, damit gewährleistet sei, dass die größeren Chancen, die durch die Identifikation einzelner Personen im Strafverfahren gegeben sind, mit spezifischen, effektiven und unmissverständlichen Garantien zum Schutz der betroffenen Personen verbunden werden.

¹⁰ *Giostra*, *Giurisprudenza italiana* 2010, 1217 (1220).

¹¹ Nach *Donini*, *Il volto nuovo dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, S. 189 ff., insb. S. 196, trägt der Vergleich, im modernen Sinne verstanden, dazu bei, Konzepte zu relativieren und sie in einen historischen Kontext zu setzen, ohne dass man sich dadurch jedoch das Ziel versperrt, Kategorien, die miteinander in Verbindung stehen, aufzubauen und strukturelle Analysen zu den Fällen und Konzepten durchzuführen. Hierzu s.a.: *Moccia*, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, 2005, S. 4 ff.

¹² Zur Gültigkeit dieser Methode allgemein: *Maiwald*, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, 2009, passim.

deutschen StPO enthalten, wo auf die Spuren, auf das genetische Material, auf die biologischen Proben und auf die Untersuchungen Bezug genommen wird (§§ 81e, 81a, 81c StPO). Der italienische Gesetzgeber und die deutsche StPO benutzen somit im Wesentlichen ähnliche Begriffe.¹³ Wesentliche Gemeinsamkeiten findet man auch in den beiden Systemen, wenn man das Augenmerk auf die Datenbanken und die für die Kontrollen verantwortlichen Personen richtet.¹⁴

In Italien unterstehen die nationale DNA-Datenbank, die sich im Innenministerium (Amt für öffentliche Sicherheit) befindet, und das Zentrallabor für die nationale DNA-Datenbank, das sich im Justizministerium (Amt für Gefängnisverwaltung) befindet, der jeweiligen Aufsicht des Datenschutzbefragten, und dem nationalen Komitee für Biosicherheit und Biotechnologie. Diese Funktionen zielen im Wesentlichen auf die Einhaltung der Bestimmungen über die Methoden zur Analyse von Proben und biologischen Proben (Art. 11) sowie auf die Modalität der Verarbeitung, des Datenzugriffs und der Rückverfolgbarkeit von Proben (Art. 12).

Die Notwendigkeit der Professionalität des Personals und der Geheimhaltung der Daten führte zur Einführung einer besonderen Dienstanweisung, die einem Beamten Strafe androht, wenn er Daten oder Informationen entgegen den geltenden Gesetzesbestimmungen verwendet oder weitergibt (Art. 14 Gesetz Nr. 85/2009).

Es ist ausdrücklich vorgeschrieben, dass nur die DNA-Sequenzen, die nicht dazu geeignet sind, eventuelle pathologische Umstände einer Person zu identifizieren, Objekt der Analyse sein dürfen (Art. 11 Abs. 3 Gesetz Nr. 85/2009); in perfekter Analogie dazu verbietet das deutsche System gem. § 81g Abs. 2 DNA-Profile zu benutzen, die anderen Zwecken als denen strafrechtlicher Ermittlungen dienen, z.B. wenn es um Erhebungen zur Person geht oder um Erhebungen zum genetischen Erbe des Täters.¹⁵ Wie schon erwähnt, wurde in Italien der Erwerb einer biologischen Probe bzw. die Menge der zu entnehmenden organischen Substanz einer untersuchten Person bei Erstellung eines Gutachtens geregelt (Art. 224*bis* iStPO, eingeführt durch Art. 24 Gesetz Nr. 85/2009), ebenso der Ablauf einer staatsanwaltlichen Ermittlung (Art. 359*bis* iStPO, eingeführt durch Art. 25 Gesetz Nr. 85/2009). Wenn das Einverständnis des Betroffenen fehlt, schreibt die Regelung über die Zwangsentnahme vor, dass der Richter die Entnahme anordnet, ggf. auch nachträglich.

Viele Zweifel ruft der Begriff des „Einverständnisses“ hervor, weil er eine Art Passepartout darstellen könnte, das es ermöglicht, für jede Straftat eine Entnahme anzuordnen, auch in Fällen von lediglich hinlänglicher Relevanz (und nicht nur in solchen absoluter Notwendigkeit, wie sie für die Zwangsentnahme eigentlich erforderlich ist), und unter Missachtung der Grenzen, die der Gesetzgeber für die erzwungene Entnah-

me gezogen hat, die von dem Schutz für die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit geprägt sind.¹⁶

Dies weist Analogien zu dem üblichen Verfahren in Deutschland auf, wo § 81g StPO eine Aufhebung des Schutzes vor Strafverfolgung vorsieht, falls eine schriftliche Einwilligung der untersuchten Person vorliegt und diese Person vollständig über den Zweck informiert worden ist, der mit einer Entnahme und der Speicherung der Daten verfolgt wird.

Ähnlich den Bestimmungen des deutschen Gesetzes, das vorsieht, dass das organische Material, das erhoben und gesammelt wurde, durch Gutachter analysiert wird (§ 81 StPO und § 244 Abs. 4 und 5 StPO), regelt das italienische System das Verfahren. Die italienischen Sachverständigen müssen in speziellen Registern eingetragen sein (Art. 221 iStPO), während die Staatsanwaltschaft und die privaten Parteien des Verfahrens das Recht haben, ihre eigenen Gutachter zu benennen (Art. 225 iStPO).

Die Ergebnisse aller Untersuchungen werden in die mündliche Verhandlung eingeführt (Art. 501 iStPO). Das Ergebnis des Gutachtens der DNA stellt einen Beweis dar,¹⁷ der nicht für die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Person, sondern nur für deren Identität ausschlaggebend ist. Das Gericht muss daher dieses Ergebnis sorgfältig vergleichen mit den zusätzlichen Ermittlungsergebnissen oder mit den Indizien, so dass selbst dort, wo es einen Zusammenhang zwischen der Identität des Angeklagten und einer DNA-Spur gibt, nur gefolgert werden kann, dass das Material vom Täter selbst stammt, nicht auch, dass die Person selbst der Täter ist.¹⁸

Die Typisierung, die in Zukunft vor allem dem Nationallabor anvertraut werden soll, wurde in Italien bisher von qualifizierten Polizeibehörden durchgeführt (RIS Carabinieri, Spurensicherung). Die betroffenen Parteien können sich jedoch weiterhin an Experten oder an private spezialisierte Firmen wenden.

Bzgl. der biologischen Proben von nicht identifizierten Leichen oder Blutsverwandten von vermissten Personen wurde in Italien die DNA-Typisierung und Identifikation derselben mit dem Zweck vorgeschrieben, einen direkten¹⁹ oder indi-

¹³ S.a. §§ 81e, 81h StPO. In § 81g Abs. 1 wird das „Modell der DNA-Identifizierung“ in Betracht gezogen. Das deutsche Strafrecht berücksichtigt den Schutz und die Behandlung von Daten insbesondere im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

¹⁴ Man denke an den Datenschutzbefragten.

¹⁵ Nach § 81g Abs. 2 S. 2 StPO erlaubt es die Analyse, die DNA und das Geschlecht zu identifizieren.

¹⁶ S. Tonini, *Diritto penale e processo* 2010, 883 (886 ff.). In der Rechtsprechung zum Konsens, der die Entnahme von Proben des Angeklagten legitimiert, s. die Akten des Corte Cassazione (Sekt. I), Urt. v. 23.10.2008, in: Cassazione penale 2009, 4349.

¹⁷ *Ubertis*, Cassazione penale 2008, 6; *Marafioti*, in: Marafioti/Luparia (Fn. 2), S. 11. Analog dazu, *Maiwald*, in: Marini (Hrsg.), *Bioetica e diritto penale*, 2002, S. 7.

¹⁸ Vgl. Richter des Ermittlungsverfahrens Brescia, Urt. 17.3.2010, nachzulesen auf der Internetseite der ital. Tageszeitung „La Repubblica“ (www.repubblica.it [20.1.2013]). Die Maßnahme formuliert klar die Auswirkungen der Anwendung der DNA-Beweise und ihre Einbeziehung auf die Überzeugung im Verfahren. Der Ausgang eines anderen sehr bekannten Gerichtsverfahrens in Italien wird interpretiert von *Caprioli*, Cassazione penale 2009, S. 1867 ff.

¹⁹ Es sei auf die Leiche eines Toten verwiesen, die auf den Hinweis eines Mitschuldigen aufgefunden wurde.

rekten²⁰ Zusammenhang mit dem Strafverfahren herzustellen. Eine solche Typisierung muss nicht vom zentralen Labor vorgenommen werden, da sie auch durch forensische Laboratorien, die die Ergebnisse ihrer Analyse der Datennationalbank zusenden, durchgeführt werden kann.

In Italien wird das biologische Material von Verdächtigen, Angeklagten oder Verurteilten, die in ihrer persönlichen Freiheit beschränkt sind, von Gesetzes wegen auf direktem Wege abgenommen, ohne dass es einer richterlicher Genehmigung bedarf. Die Gründe für einen solchen Umgang mit Strafverfolgten sind nachzulesen im Bericht zum Gesetzesentwurf, welcher zum Gesetz Nr. 85 aus dem Jahr 2009 führte. Sie implizieren eine Art „Absorption“ der Beschränkung des Rechts auf Privatsphäre i.R.e. weitgehenden Unterdrückung der persönlichen Freiheit. Dieses Vorgehen sollte aber aus meiner Sicht auch in parte qua das Recht auf einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung beinhalten.

In Deutschland erfolgt nach dem Gesetz vom 12.8.2005 die einstweilige Entnahme in Folge richterlicher Anordnung gem. den Vorschriften des § 81g (Genehmigung des Gerichts oder in dringenden Fällen Anordnung der Staatsanwaltschaft oder ihrer Hilfsbeamten), verbunden mit der Notwendigkeit, die betroffene Person über den Zweck der Entnahme aufzuklären. Es gibt daher keine Differenzierung, die auf dem status libertatis basiert. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Verfahrens nach § 81g StPO gelten unabhängig von der Tatsache, ob die betroffene Person Angeklagter,²¹ in Untersuchungshaft oder bereits verurteilt ist, da die DNA-Analyse in Deutschland tendenziell direkt darauf ausgerichtet ist, künftige Straftaten zu vermeiden. Ein systematischer Vergleich der Unterschiede zeigt demgemäß: Der italienische Gesetzgeber erachtet es für notwendig, die DNA-Analyse je nach Lage des Prozesses oder des Zustandes der von der Maßnahme betroffenen Person zu regeln.

Ein allgemeines Gesetzesmerkmal sowohl in Italien als auch in Deutschland ist hingegen der Bestimmtheitsgrundsatz. Gerade in der italienischen Gesetzgebung sehen die Vorschriften vor, dass eine Entnahme typischerweise nur dann vorgenommen werden kann, wenn es sich um vorsätzliche Straftaten handelt, wenn es sich um begangene oder versuchte vorsätzliche Straftaten handelt, für die das Gesetz eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorsieht oder für andere bestimmte Straftaten, die ausdrücklich im Gesetz festgelegt sind.²²

Im Wesentlichen ähnlich geregelt scheinen in den italienischen und deutschen Systemen auch die Bedingungen für den Zugang zu den nationalen DNA-Datenbanken. Dieser ist in Italien der Kriminalpolizei und den Justizbehörden erlaubt, ausschließlich für die persönliche Identifikation und für die Zwecke der internationalen Polizeizusammenarbeit. Die betroffenen Parteien können zu den gleichen Zwecken Informationen, die in der nationalen DNA-Datenbank enthalten sind, abfragen. Falls jedoch die Polizei einen Antrag stellt, ist die Genehmigung des Gerichts erforderlich (Art. 12 Abs. 2 Gesetz Nr. 85/2009). Die italienische Rechtslehre, die die erneu-

erten Regelungen im Wesentlichen positiv beurteilt, hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Reglementierung des Zugangs zur nationalen Datenbank und zum Zentrallabor der DNA in der Tat nicht dazu beigetragen hat, die genetischen Profile in den Datenbanken, die bereits bei den verschiedenen Polizeibehörden existierten, einer Regelung darüber zu unterwerfen, wie die biologischen Proben aufbewahrt werden sollten.²³ Eine bedeutende Lücke im italienischen System bezieht sich also auf die fehlende Ordnung in der Kette der Aufbewahrung, angesichts der schwerwiegenden Manipulationen, die vorkommen könnten und die die Ergebnisse kompromittieren könnten.²⁴

III. Die Verfahrensneuerungen

Wie oben ausgeführt, kann gemäß der jüngsten italienischen Rechtsvorschriften die Entnahme von biologischen Proben (Haare, Haut, Schleimhaut) bei lebenden Personen vom Staatsanwalt gemäß Art. 224*bis* iStPO angeordnet werden, auch wenn die betroffene Person der Entnahme nicht zustimmt. Die Ausführung kann auf zweierlei Weise erfolgen: In der Regel muss der Staatsanwalt einen Antrag auf Ermittlungshandlungen beim Richter einreichen, der diesen bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen genehmigt (Abs. 1). In dringenden Fällen, wenn es Grund zu der Annahme gibt, dass die Verzögerung zu schweren oder irreparablen Schädigungen der Untersuchung führen kann, kann die Staatsanwaltschaft die Durchführung mit einem mit Gründen versehenen Dekret anordnen, das die gleichen Bestimmungen enthält, wie in Art. 224*bis* Abs. 2 iStPO. Der Staatsanwalt verfügt dabei die zwangsweise Vorführung, wenn die Person, die sich der Entnahme unterziehen muss, nicht vorstellig wird, ohne triftige Gründe vorzubringen, oder er ordnet die Zwangsmaßnahme an, wenn die Person sich weigert zu erscheinen.

Es gelten die rechtsstaatlichen Sicherungen die mit den Vorkehrungen aus Art. 224*bis* iStPO im Zusammenhang stehen, und die Nichteinhaltung der Bedingungen führt zur prozessualen Nichtigkeit des Vorgangs und zu unverwertbaren Ergebnissen. Die Palette der von einer eventuellen Entnahme betroffenen Personen ist sehr breit, tatsächlich weist die im ersten Absatz des Artikels 224*bis* iStPO, enthaltene Definition: Person, „die sich der Untersuchung durch den Sachverständigen unterziehen muss“ eindeutig darauf hin, dass, außer dem Angeklagten, diese Personen auch Dritte sein können, was somit auf die Regelung in Art. 133 iStPO verweist, die die Zwangsvorführung von anderen Personen als dem Beschuldigten regelt.

Der italienische Gesetzgeber hat vorgesehen (Art. 225*bis* Abs. 2 lit. f iStPO), dass die Anordnung eines Gutachtens die Modalitäten der Ermittlung und der Entnahme darzustellen hat. Das Fehlen einer solchen ausdrücklichen Bestimmung bewirkt die Unverwertbarkeit der Ergebnisse. Nach Art. 72*ter* disp. att. (d.h.: Anordnungen zur Durchführung) iStPO, muss im Bericht über die Maßnahmen zur Entnahme der biologi-

²⁰ Dies gilt für Funde infolge von Unglücksfällen.

²¹ § 81g Abs. 4 StPO.

²² Art. 9 Gesetz v. 30.6.2009 – Nr. 85.

²³ Tonini (Fn. 2), S. 3.

²⁴ Kürzlich hat der italienische Gerichtshof die unterlassene Aufbewahrungskette sanktioniert: Corte Cassazione (Sekt. III), Ur. v. 19.1.2010, Diritto penale e processo 2010, 1076.

schen Proben oder über die Durchführung der ärztlichen Untersuchungen ausdrücklich erwähnt werden, ob die Person, die einer Untersuchung unterzogen wird, eventuell ihre Zustimmung erteilt hat, wodurch sie jede Form von Zwang, der sie ausgesetzt werden könnte, ausgeschlossen ist. In diesem Fall leitet sich aus Art. 224b Abs. 2e und Abs. 6 iStPO, die doppelte Modalität einer Zwangsentnahme ab, zu der eine Zustimmungsverweigerung führen kann, nämlich, dass einerseits die betroffene Person unter Zwang einer Entnahme zugeführt wird, und andererseits die Zwangsvollstreckung der Entnahme oder eine ärztliche Untersuchung vorgenommen wird.²⁵ Die relevanten Regelungen in Bezug auf die Anordnungen werden von Art. 224bis Abs. 2 iStPO, festgelegt und dienen unter Androhung der Unverwertbarkeit dazu, alle Garantien zum Schutz der betroffenen Person zu verstärken. Die Ungültigkeit ist von Art. 180 iStPO vorgesehen. Wird aber die Person, gegen die ermittelt wird oder der Angeklagte durch keinen Anwalt vertreten, so ist diese Ungültigkeit absolut gem. Art. 224bis Abs. 7 iStPO.

Nach der neuen Gesetzeslage erscheinen verfahrensrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen Anordnungen bei Entnahmen nicht völlig überzeugend. Während bei einer Zwangsentnahme, die den Untersuchungen des Sachverständigen dient, die Nichteinhaltung der Anordnungen, was die Achtung der Würde und die Entnahme betrifft, nicht sanktioniert wird, wird bei einer Entnahme zu Ermittlungszwecken die Unverwertbarkeit von Maßnahmen und die Unbenutzbarkeit von Informationen, die so gewonnen wurden, gemäß Art. 359bis Abs. 3 iStPO bestimmt.

Zusätzlich zur Gerichtsverhandlung, wo Gutachten in die Beweiserhebung einbezogen werden können, hat Art. 392bis iStPO, einen weiteren Fall vorgesehen, der streng genommen nicht der Anforderung der Unaufschiebbarkeit entspricht.²⁶ Um ein solches Gutachten einzuholen, müssen zwingend bestimmte Voraussetzungen gegeben sein. In diesem Zusammenhang verfügt das Gericht die zwangsweise Beweisaufnahme nur, insoweit das Gutachten für die Beweisführung absolut unverzichtbar ist.²⁷

Die gesetzgeberische Entscheidung für ein derart restriktives Vorgehen hat die Möglichkeit für die Polizei eingeschränkt, zwangsweise Proben von Speichel oder Haaren zu entnehmen. Dies ist ausschließlich zum Zwecke der Identifizierung der Verdächtigen möglich (Art. 349 Abs. 2bis iStPO).²⁸

²⁵ Das italienische Gesetz sieht auch vor, dass „der Einsatz von körperlichem Zwang nur für die notwendige Zeit für die Beurteilung der Entnahme oder der Ermittlung zulässig ist.“

²⁶ S. die allgemeinen Beschreibungen des Instituts bei *Cuomoli Sciolfi*, *L'incidente probatorio*, 2008, S. 20.

²⁷ Man muss gegen jedes Verbrechen, das vorsätzlich oder unbeabsichtigt begangen oder versucht worden ist, für das im Gesetz eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorgesehen ist, vorgehen. Die Untersuchung muss außerdem in Bezug auf die Erhebung von biologischem Material oder die Vornahme medizinischer Tests angemessen und verhältnismäßig sein.

²⁸ Das zitierte Gesetz von 2009 hat so die Möglichkeit der Anordnung aufgehoben, die der Kriminalpolizei, mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, die Zwangsentnahme von bio-

Nach der Änderung von Art. 349 Abs. 2 iStPO, eingeführt durch Art. 10 d.l. 27.7.2005 – Nr. 144, konvertiert im Gesetz v. 31.7.2005 – Nr. 155, ist die zwangsweise Erhebung des biologischen Materials einer lebenden Person durch die Kriminalpolizei nur noch zur Identifizierung der Person gestattet.²⁹ Diese Einschränkung kann aber den Zweifel an der Folgerichtigkeit der Reglementierung nicht überwinden, da die Möglichkeit der Kriminalpolizei, Zwangsentnahmen durchzuführen, wenn auch nur zum Zwecke der Identifizierung, sich nicht mit dem neuen Modell, das auf den Schutz vor Strafverfolgung gestützt ist, verträgt, insbesondere wenn man bedenkt, dass die gleiche Macht der Staatsanwaltschaft nicht erteilt wurde.

Die Gewinnung biologischen Materials von Personen oder Sachen wird durch Art. 354 und 348 Abs. 4 iStPO geregelt, sowohl für die Durchsuchung vor Ort als auch für die Handlungen oder Maßnahmen, die von den Polizeikräften durchgeführt werden, die mit besonderen technischen Möglichkeiten ausgestattet sind.³⁰ Da diese Tätigkeit sehr delikat ist, weil sie oft auch das Ergebnis der gesamten Untersuchung des Falles in Frage stellen kann, sollte sie jedoch de lege ferenda unter Anwesenheit eines Rechtsbeistands während des Lokaltermins stattfinden, unter ähnlichen Formalitäten wie sie für eine technische Ermittlung des Staatsanwalts vorgesehen sind. Nach Art. 349 Abs. 2bis iStPO folgen die Regeln für die identifizierenden Proben jenen, die für die traditionellen fotografischen Erhebungen und Fingerabdruckuntersuchungen vorgesehen sind, auch wenn keine strenge Reihenfolge i.S.e. Vorzugs der ersteren Beweismittel gegenüber den letzteren erkennbar ist. Die italienische Polizei kann daher das biologische Material von Dingen oder Orten erheben, während die Entnahme dieses Materials von Personen nur dann möglich sein wird, wenn diese zustimmen.

Daher hat sich der italienische Gesetzgeber jüngst entschieden, die Vorschriften über die Erfassung und dringend durchzuführende Ermittlung zu regeln, die von der Polizei vorgenommen werden: Die Identifizierung des genetischen Profils muss durch eine technische Untersuchung, einen Sachverständigenbericht oder ein Gutachten folgen (Art. 10 Gesetz Nr. 85/2009).

Durch die Rechtsprechung hatte es jedoch schon vorher eine Unterscheidung zwischen der Entnahme der Probe gegen-

logischem Material erlaubt (Art. 354 Abs. 3 iStPO). Diese wird im Regelfall dem zuständigen Richter bei gerichtlichen Gutachten oder Beweisanhörungen zugestanden.

²⁹ Ein Überblick über die Änderung bei *Spangher*, *Studium iuris* 2006, 40 (41).

³⁰ S. Corte Cassazione (Sekt. II), Urt. v. 24.9.2008, C.E.D. Cass., Leitsatz Nr. 242094, wonach die Entnahme von biologischen Spuren auf einem Objekt am Ort des Verbrechens und die anschließende Analyse der DNA-Poly-morphismen zur Identifizierung der genetischen Profile und für Vergleichszwecke verwendet werden können, wenn es nicht möglich war, die Garantien für das defensive Vorgehen bei einmaligen, unwiederholbaren Ermittlungsvorgängen durch die Staatsanwaltschaft zu beobachten, sofern die Voruntersuchung gegen Unbekannt durchgeführt wurde.

ben, die als Sammlung oder Gewinnung von Daten verstanden wird, und der darauf folgenden technischen Beweisführung, die zu einer kritischen Auswertung und Beurteilung derselben führt.³¹ Die Möglichkeit, die Ermittlung zu wiederholen, hängt von der Menge des übrigen biologischen Materials ab und spiegelt sich in ihrer Nutzbarkeit im Prozess.³²

In der Kombination der Bestimmungen der Art. 224*bis* und 72*bis* Abs. 2 disp. att. (d.h.: Anordnungen zur Durchführung) iStPO, in Italien durch das Gesetz Nr. 85/2009 eingeführt, wurden einige Voraussetzungen aufgestellt, die für die Gewinnung von biologischem Material und die medizinischen Ermittlungen bei Minderjährigen oder bei Personen, die unzurechnungsfähig oder unmündig sind, gelten. Für Kinder und Unzurechnungsfähige oder Unmündige wurde ausdrücklich festgelegt, dass sie der Zustimmung eines Elternteils oder eines Vormunds bedarf. Falls kein Vormund anwesend oder erreichbar ist, kommt es zu einem Interessenkonflikt, der dem Gutachter unterbreitet werden muss. Der Vormund kann bei den Untersuchungen und bei der Blutabnahme anwesend sein.

Im Hinblick auf Blutsverwandte,³³ welche im italienischen Rechtssystem einen ausdrücklichen Zeugenschutz genießen, wurde im Zusammenhang mit den Verpflichtungen aus Art. 199 iStPO konsequenterweise analog die Möglichkeit vorgeschlagen, die Entnahme auf die Einwilligung des Betroffenen zu stützen.³⁴

Im Gegensatz zur deutschen Regelung (§ 81h StPO), hat das Gesetz Nr. 85/2009 keine besonderen Regeln für einen Massentest in Italien aufgestellt. Dies führte zu Kritik, wo es um die Zwangsmaßnahmen geht, die Personen betreffen, welche in die Aufklärung einer Straftat einbezogen werden, wie z.B. das Opfer, aber auch Verwandte oder Dritte, die völlig fremd sind.³⁵ In Ermangelung einer Unterscheidung zwischen einem beschuldigten Dritten, Beschuldigten oder Angeklag-

ten, ist die Regelung über das Recht, sich vom Anwalt seines Vertrauens unterstützen zu lassen, nicht klar. Es scheint jedoch vorteilhaft, dieses Recht in jedem Fall der geschädigten Person zuzugestehen.

Ein weiterer Schwerpunkt der Thematik – mit nachhaltigen Auswirkungen auf beide Systeme – betrifft das zu entnehmende Material. Die italienische Gesetzgebung scheint hier einen Mangel an Kohärenz zwischen den verschiedenen Bestimmungen aufzuweisen, die durch das Gesetz Nr. 85/2009 eingeführt worden sind: Im Falle der Entnahme bei Personen, die in ihrer persönlichen Freiheit eingeschränkt sind (Art. 9) bezieht sich das Gesetz in der Tat nur auf die Mundschleimhaut; im Fall der Identifizierung des Verdächtigen durch die Polizei (Art. 349 Abs. 2*bis* iStPO), bezieht sich das Gesetz nur auf den Speichel oder auf die Haare; was andererseits die Maßnahmen des Gerichts (Art. 224*bis* iStPO) betrifft, so ist die Reglementierung komplett, denn sie bezieht sich auf die Haare, die Schamhaare oder die Schleimhaut des Mundes. Allerdings stellt die Entnahme der Mundschleimhaut, die von den Mitarbeitern der Polizei oder einer Person des medizinischen Dienstes der Polizei durchgeführt wird, sicherlich einen größeren Eingriff als die bloße Entnahme von Speichel dar; außerdem ist sie noch nicht ausdrücklich in ihrer konkreten Ausführung vom Gesetzgeber geregelt, der lediglich vorschreibt, eine Niederschrift über die Entnahmen aufzusetzen und bei der Entnahme bestimmte Vorsichtsmaßnahmen zu gewährleisten. Art. 9 Abs. 5 Gesetz Nr. 85/2009, ordnet über die Forderung eines Protokolls hinaus an, dass die „Maßnahmen tatsächlich unter Berücksichtigung der Würde und Privatsphäre derjenigen, die diesen Maßnahmen ausgesetzt sind, durchgeführt werden.“³⁶

Analogien gibt es hier in der deutschen Praxis, wo häufig Körperzellen durch einen Abstrich der Mundschleimhaut³⁷ entnommen werden, wobei diese Form der Entnahme von Speicheldrüsenzellen streng genommen nicht in den Bereich der physischen Eingriffe fällt, mit der Folge, dass die Entnahme auch von der Polizei durchgeführt werden kann, ohne notwendigerweise einen Arzt zu beteiligen. Wesentliche Voraussetzung ist jedoch, dass die betroffene Person kooperiert; wenn sie die Zusammenarbeit verweigert, wird sie sich einer zwangsweisen Blutentnahme durch einen Arzt stellen müssen.

Art. 224*bis* iStPO (eingeführt durch das Gesetz Nr. 85/2009) enthält einen Verweis auf „medizinische Tests“, hält aber nicht genauer fest, welche Inhalte diese Untersuchungen haben, die nicht wenige Interpretationsprobleme aufgeworfen haben. In der Vergangenheit wurde es in der Praxis zugelassen, Röntgenbilder (sie wurden auch durch den begleitenden Bericht des Gesetzes 85/2009 zugelassen) oder Ultraschall-

³¹ Ex plurimis Corte Cassazione (Sekt. I), Urt. v. 13.11.2007, C.E.D. Cass., Leitsatz Nr. 239101. Laut Corte Cassazione (Sekt. I), Urt. v. 2.2.2005, C.E.D. Cass., Leitsatz Nr. 233448, „geht es um ein Gutachten oder um eine unwiederholbare technische Untersuchung, so ist die Entnahme der DNA des Verdächtigen durch die Beschlagnahme von Gegenständen, die seine Spuren enthalten, nicht als invasiv oder als den Willen beugend zu betrachten. Bei den folgenden Vergleichshandlungen durch den Gutachter ist es hingegen auf alle Verteidigungsgarantien zu achten.“ In der italienischen Lit. vgl. *Giunchedi*, Gli accertamenti tecnici irripetibili, Tra prassi devianti e recupero della legalità, 2009, passim; *Montagna*, in: Gaito (Hrsg.), La prova pe-nale, Bd. 2, 2009, S. 51 (insbes. S. 58 ff.).

³² Vgl. Corte Cassazione (Sekt. I), Urt. v. 7.10.2005 – Leitsatz Nr. 39826; *Giunchedi*, Guida al diritto 17/2006, S. 107. In Bezug auf andere Typologien s.a. Corte Cassazione (Sekt. I), Urt. v. 1.12.2000, C.E.D. Cass., Leitsatz Nr. 219445.

³³ In Bezug auf spezifische Probleme s.: *Spiamo*, Diritto penale e processo 2005, S. 347 ff.

³⁴ *Felicioni* (Fn. 3), S. 18 ff.; *Santosuosso/Gennari*, Diritto penale e processo 2007, 395 (400).

³⁵ *Felicioni* (Fn. 3), S. 18 ff. S. jedoch die Zweifel bei *Mara-fioti* (Fn. 17), S. 7.

³⁶ EGMR (GK), Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland), Rn. 109.

³⁷ *Krause*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81g Rn. 72. Es sind Entnahmen aus der Nase, aus dem After oder der Vagina gestattet. Was den Samen des Angeklagten betrifft, ist es ratsam, ihn nicht zu benutzen, wenn man die Möglichkeit hat, andere Körpersubstanzen zu erhalten.

aufnahmen zu verwenden (die jedoch von dem begleitenden Bericht zu diesem Gesetz ausgeschlossen werden). Diese wurden bei verdächtigen Personen mit dem Ziel durchgeführt, Verpackungen oder Hüllen, in denen Drogen versteckt waren, gezielt zu finden. In diesem Punkt scheint der italienische Gesetzgeber diejenigen weitverbreiteten juristischen Positionen berücksichtigt zu haben, die allerdings sehr umstritten sind, welche die oben genannten Maßnahmen in die Gruppe der Straftaten mit Freiheitsberaubung einreihen, bei denen eine Leibesvisitation³⁸ durchgeführt wird, die mit Hilfe des medizinischen Personals erfolgt. Art. 224bis Abs. 4 iStPO, enthält überdies ein ausdrückliches Verbot, im Falle von Gutachten des Gerichts, von gesetzwidrigen Maßnahmen, welche das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die Gesundheit der Person oder des ungeborenen Kindes gefährden können oder nach wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin zu erheblichen Schmerzen führen können. Wenn man diese Regelung in Verbindung mit Art. 191 iStPO liest, kann man im Falle einer Zuwiderhandlung die Nichtverwertbarkeit der Handlung folgern. Art. 224bis Abs. 5 iStPO, erfordert auch, dass die Maßnahmen „unter Achtung der Würde und der Privatsphäre derjenigen durchgeführt werden, die diesen ausgesetzt sind. Auf jeden Fall sind bei gleichem zu erwartenden Ergebnis weniger einschneidende Techniken zu wählen.“

In vollkommener Übereinstimmung mit der Regelung des italienischen Gesetzes Nr. 85 aus dem Jahr 2009 gibt es auf der deutschen Seite einen weitgehenden Schutz für die Gesundheit des Beschuldigten (§ 81a Abs. 1 Nr. 2 StPO) sowie für andere Rechtsgüter, die eng mit der Würde der Person und der Respektierung der Privatsphäre in Verbindung stehen. So werden z.B. Techniken ausgeschlossen, welche die Würde des Menschen antasten, und zwar auch da, wo es sich um körperliche Untersuchungen handelt, die an sich vom Standpunkt der körperlichen Integrität aus (wenn es sich nicht um einen körperlichen Eingriff im eigentlichen Sinne handelt)³⁹ ungefährlich sein sollen. § 81d StPO berücksichtigt die Eingriffe in den Intimbereich und bestimmt im spezifischen Fall, dass entsprechende Maßnahmen von Personen durchgeführt werden, die das gleiche Geschlecht wie der Angeklagte haben.

Die genannten Vorschriften nehmen Bezug auf die Systeme beider Länder und wurden vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in einem bekannten Urteil bestätigt. Dieses Urteil kritisiert die Praxis in Deutschland, insofern es hier eine Verletzung des Art. 3 EMRK sah. Bei dieser Gelegenheit erfolgte eine Neubestimmung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Werte von Würde und Anstand. Das Gericht sah diese Werte i.S.e. unmenschlichen und erniedrigenden Be-

handlung⁴⁰ als beeinträchtigt an. Im konkreten Fall wurde ein Brechmittel gegen den Willen des Angeklagten verabreicht, um ein Rauschgift, das vom Angeklagten verschluckt worden war, zurückzugewinnen.

IV. Der Aufbewahrungszeitraum

Ein weiteres heikles Thema, bei dem der italienische Gesetzgeber eingegriffen hat, ist der Aufbewahrungszeitraum und die Aufbewahrung der Proben und Profile. So fordert Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 85/2009, dass nach der Identifizierung einer Leiche oder der Überreste einer Leiche sowie nach der Entdeckung einer vermissten Person von Amts wegen die DNA-Profil gelöscht werden, die gem. Art. 7 Abs. 1 lit. c erfasst wurden, sowie die Zerstörung des dazugehörigen biologischen Materials. Was hingegen die Personen betrifft, die in ihrer persönlichen Freiheit eingeschränkt werden, besteht von Amts wegen die Notwendigkeit, das genetische Profil zu löschen und die biologischen Proben zu zerstören, wenn bei der Entnahme ein Verstoß gegen die Anordnungen von Art. 9 begangen wurde. Art. 9 bezieht sich sowohl auf in die Straftat verwickelte Personen als auch auf passiv Beteiligte der Ermittlungen und auf das Objekt der Entnahme sowie auf die Modalitäten der Maßnahmen (Art. 13 Abs. 3). Es ist jedoch nicht vorgesehen, dass die beteiligten Parteien das Recht haben, i.d.S. einen Antrag auf Löschung an das Gericht zu stellen. Die Löschung wird stets ex officio vorgenommen, und zwar nach einem endgültigen Freispruch, weil kein Verbrechen mehr anzunehmen ist oder weil der Angeklagte dieses Verbrechen nicht begangen hat oder weil sie vom Gesetz nicht als Straftat definiert ist. In diesen Fällen ist es vorgeschrieben die DNA-Profil zu löschen, die gem. Art. 9 Gesetz Nr. 85/2009 erfasst wurden, sowie die Zerstörung der dazugehörigen biologischen Proben (Art. 13 Abs. 1 Gesetz Nr. 85/2009) vorzunehmen.⁴¹ In allen anderen Fällen (Art. 13 Abs. 4) bleibt das DNA-Profil in der nationalen DNA-Datenbank für den Zeitraum gespeichert, der in der Durchführungsverordnung festgelegt worden ist, in Absprache mit der Behörde für den Schutz der persönlichen Daten, aber nicht länger als vierzig Jahre nach dem letzten Umstand, der für die Eingliederung der Daten bestimmend war; die biologische Probe wird für den Zeitraum aufbewahrt, der in der Durchführungsverordnung bestimmt worden ist⁴², im Einvernehmen mit dem Datenschutzbeauftragten, und in keinem Fall länger als zwanzig Jahre nach dem letzten Umstand, der zur Entnahme geführt hat. Die Bestimmungen, die vom italienischen Gesetzgeber eingeführt wurden, dürften durchaus der Verpflichtung entsprechen, die vom Ministerkomitee des Europarats in der Empfehlung R (92) v. 10.2.1992 formuliert wurde. Außerdem geben sie auch eine Antwort auf die präzisen Hinweise, die in einem anderen wichtigen Urteil des Europäischen Gerichtshofs

³⁸ Corte Cassazione (Sekt. IV), Urt v. 2.12.2005, Cassazione penale 2006, S. 3555: „Was die Leibesvisitation betrifft, ist die Röntgenaufnahme eine legitime Art der Ausführung derselben, die zwingend verwendet werden darf, sofern sie von geschultem medizinischem Personal durchgeführt wird und in Übereinstimmung mit dem Stand der Technik erfolgt; davon nicht umfasst ist die Leibesvisitation im Körperinneren.“

³⁹ Der Fall bezog sich auf eine Phallographie: Krause (Fn. 37), § 81a Rn. 56.

⁴⁰ EGMR (GK), Urt. v. 11.7.2006 – 54810/00 (Jalloh v. Deutschland), Rn. 109.

⁴¹ Es werden deshalb Freisprüche ausgeschlossen, die sich z.B. auf die Verjährung einer Straftat stützen.

⁴² Bislang wurde in Italien die Reglementierung der Durchführung des DNA-Gesetzes noch nicht erlassen.

zur Menschenrechtskonvention⁴³ gegeben wurden, wo die Aufbewahrung der genetischen Daten in den Datenbanken einer strengen Regelung unterworfen wurde. In der Tat legte der Europäische Gerichtshof einen „angemessenen Zeitraum“ für die Verfolgung der Zwecke fest, zu denen diese Daten archiviert wurden, mit dem Ziel eines Ausgleichs zwischen dem notwendigen Einsatz von technischen Hilfsmitteln bei Ermittlungen und der gebotenen Achtung der Privat- und Familiensphäre, die in Art. 8 EMRK verankert ist. Auf der einen Seite ist es in der Tat erlaubt, das Recht auf Schutz der persönlichen und genetischen Daten dem Interesse an der „Bestrafung von Straftaten“ hintanzustellen, gleichzeitig wurde jedoch angeordnet, strenge Kontrollen durchzuführen, um die Maßnahmen der einzelnen Staaten zu überprüfen, die es erlauben, die Daten von Seiten der Behörden aufzubewahren und zu verwenden, ohne dass der Betroffene seine „Zustimmung“ gegeben hat. Das Ergebnis war ein generelles Verbot von Formen allgemeiner und undifferenzierter Speicherung der Daten für alle europäischen Verfahrensordnungen, ungeachtet der Schwere der Straftaten, für die eine Person verantwortlich gemacht wird und unabhängig vom Alter. Ebenso unzulässig ist die unbegrenzte Speicherung von Daten, vor allem wenn es um Personen geht, die in der Zwischenzeit von den Anschuldigungen freigesprochen worden sind.⁴⁴ Allerdings hätte das Gesetz Nr. 85/2009 eine noch intensivere und klarere Unterscheidung machen müssen (insbes. im Hinblick auf die Datenbank und das Zentrallabor) zwischen biologischen Proben und genetischem Profil, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die biologische Probe eine Vielfalt von Merkmalen festzustellen erlaubt und es gestattet, auch die Krankheiten einer Person oder ihre Erbanlagen zurückzuverfolgen, im Gegensatz zu dem genetischen Profil, das demgegenüber engere Verwendungszwecke hat, da es sich nur um einen Bruchteil der DNA handelt.⁴⁵

Die reformierte Regelung sieht stattdessen nur die Zerstörung von biologischen Proben vor, aus denen im Laufe des Verfahrens oder bei der Untersuchung und der technischen Ermittlung, die von den Justizbehörden als Beweismittel angeordnet werden, genetische Profile typisiert wurden, während es nicht das Schicksal des biologischen Materials und der DNA-Profile reglementiert, die auf die lebende Person rück-

föhrbar sind. Analog dazu sind die Ergebnisse nicht biologischen Materials nicht reglementiert (und das daraus resultierende typisierte genetische Profil), das von der Kriminalpolizei aufgenommen wurde, gem. Art. 349 Abs. 2bis iStPO.

In der Tat hat Art. 72quater Abs. 1 disp. att. (d.h.: Anordnungen zur Durchführung) iStPO die Zukunft der biologischen Probe geregelt, die aus Entnahmen gem. Art. 224 und 359bis iStPO stammt: Der Richter, der im Zuge einer Gutachtenserstellung eine Entnahme anordnet, muss die Zerstörung der biologischen Probe unmittelbar nach der Fertigstellung des Berichts anordnen, es sei denn, er hält es für unerlässlich, dass das biologische Material gespeichert wird. In Italien ist somit die Verpflichtung die Proben zu zerstören durch die Möglichkeit der Aufbewahrung stark beschränkt und durch das verschwommene Kriterium der Unentbehrlichkeit relativiert.

Die Modalitäten, wie die Profile Eingang in die nationale Datenbank finden, sind im Wesentlichen zwei: Wenn das Strafverfahren noch nicht eröffnet worden ist, ist die jeweilige Justizbehörde (Staatsanwaltschaft oder Gericht) verpflichtet, die genetischen Profile auf die Datenbank zu übertragen, die für die Aufbewahrung und den Datenabgleich zuständig ist (Art. 10 Abs. 1 Gesetz); wenn jedoch die DNA-Typisierung noch nicht durchgeführt wurde und der Urteilsspruch rechtskräftig geworden ist oder ein Dekret zur Archivierung erlassen worden ist, muss die Staatsanwaltschaft, die beim vollstreckenden Gericht die Analyse der DNA beantragt, für die Übersendung der biologischen Proben in ein qualifiziertes Labor sorgen, wobei das Labor auf die Typisierung der Profile und die anschließende Übermittlung der Daten an die nationale DNA-Datenbank spezialisiert sein muss (Art. 10 Abs. 2 Gesetz). Es wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass dieses Verfahren wegen der Nichteinhaltung der Kriterien der Verhältnismäßigkeit und der Risikominimierung kritisiert werden kann. Denn so ist potenziell jedes Verbrechen betroffen und die Rechte von Dritten, Opfern und Zeugen können beeinträchtigt werden.⁴⁶ Darüber hinaus gibt es im italienischen Gesetz Nr. 85/2009 eine erhebliche Gesetzeslücke, die von Anfang an hervorgehoben worden ist, was die fehlende Regelung der Zukunft der genetischen Archive betrifft, die sich von der Nationaldatenbank unterscheiden, und vor allem, was die Aufbewahrung von Daten bei der Polizei betrifft oder in anderen spezialisierten Laboratorien, die von der Justiz zugelassen worden sind.

Dies bestätigt die Risiken eines Missbrauchs von personenbezogenen Informationen, die aus der molekulargenetischen Analyse stammen, und es zeigen sich zahlreiche Lücken im Daten- und Personenschutz, die hinsichtlich dieses speziellen Interesses bis auf den heutigen Tag bestehen.

⁴³ EGMR (GK), Urt. v. 4.12.2008 – 30562/04, 30566/04 (S. und Marper v. Großbritannien) = *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2009, 345; *Sartoretti*, Il diritto alla privacy tra sicurezza e principio di proporzionalità, il punto di vista della corte europea dei diritti dell'uomo = *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2009, 585. Diesbezüglich s.a. *Canzio*, in: *Scarcella* (Fn. 2), S. S. 293.

⁴⁴ Eine effektive Zusammenfassung der Entscheidung befindet sich bei *Chiavario*, *Diritto processuale penale*, Profilo istituzionale, 5. Aufl. 2012, S. 404.

⁴⁵ *Tonini* (Fn. 2), S. 4, ist der Meinung, die Beachtung der Privatsphäre hätte das biologische Spurenmaterial intensiver als das genetische Profil schützen müssen, denn das besagte Spurenmaterial gelte als potentielle Quelle zahlreicher und sensibler Informationen, während das genetische Profil hauptsächlich zur Identifizierung diene.

⁴⁶ *Tonini* (*Diritto penale e processo* 2010, 883 [888]), hat die Reglementierung des Art. 10 Gesetz besonders hart kritisiert, denn die in der Datenbank gespeicherte Profile sind sowieso in den jeweiligen Prozessen identifizierbar.